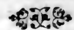
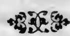

JESUS. MARIA. JOSEPH.

DISCVRSO JVRIDICO,

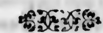
POR LA JVRISDICCION REAL,

Y EL LIC. DON JUAN ANTONIO DE TORREMOCHA Altamirano, Abogado de los Reales Consejos, Alcalde mayor de la Ciudad de Jaen, que la administra por su Mageſtad.



 EN EL ARTICULO 

CON EL FISCAL GENERAL ECCLESIASTICO, Y DE Obras Pias de la meſma Ciudad, y ſu Obiſpado.

SOBRE 

QUE SE DECLARE, QUE EL PROVISOR, Y VICARIO general de dicha Ciudad, y ſu Obiſpado, haze Fuerça en conocer, y proceder, como conoce, y procede, en orden a que dicha juriſdiccion Real ſe inhiba de el conocimiento de la publicacion de la voluntad nuncupativa, conque ſe ſupone murió Doña Antonia de Montes, viuda de D. Antonio de Molina, vezino que fue deſta Ciudad, y del inventario de los bienes que quedarõ por muerte de dicha Doña Antonia.

TAMEN QUI GERIT PUBLICAM DIGNITAtem nullomodo, etiam prætextu suæ humilitatis eam minui, aut contemni pati debeat, sed in eo gradu, quo a Principe, vel a Populo ordinata est, conservare, alioquim, & sui officij dicitur ignarus, iniuriam ei cuius refert potestatem, infert. Pet. Greg. de repub. lib. 4. cap. 10. n. 11. Leg. observandum, ff. de offic. Præsidis.

SPETIES FACTI.



EL dia 4. de el mes de Julio deste presente año muriò la dicha Doña Antonia; con cuya noticia passò el Alcalde mayor a las casas donde hazia su morada; y enterado de que avia testado en 29. de Março, antecedentemente, ante Pedro de Castro, Escrivano del Numero de dicha Ciudad, instituyendo por su heredera vnica, y vnivetsal a Doña Juana de Montes su hermana, y que avia muerto esta el dia 28. de Junio passado deste dicho año; y aunque la sobrevivió Doña Antonia, nó hizo nuevo testamento, en que revocasse el referido, a cuya causa, permanecia, y subsistia en quanto a la disposicion del entierro, y Missas, y demàs que contenia; porque solamente avia caducado la institucion de heredera; por cuyo motivo, en quanto a esto, avia muerto abintestato la dicha Doña Antonia; passò desde luego a hazer inventario de todos los bienes que avian quedado por su muerte; y diò providencia para q̃ tuviesse efecto lo que avia ordenado, en quanto a su entierro, y Missas, dando satisfacion de todo a la Iglesia Parroquial de señor Sã Ildefonso, de que dió carta de pago el Colector de dicha Iglesia, en 8. de Julio, haziendo mencion que la recibia en execucion de dicho testamento, aviendo pedido antes testimonio, en la forma acostumbrada, para enterarse de lo q̃ contenia, en orden a entierro, Missas, y pia causa: con cuyo hecho, q̃ acredita no avia disposicion vltima de Doña Antonia,

tonia, que desvaneciesse el dicho testamento, cōtinuò el Alcalde mayor dicho inventario hasta que le concluyó.

2 Y estando fenecido, se presentò peticion por parte de Juan de Montes, vezino de la Ciudad de Vbeda, con justificacion de que era hermano entero, y legitimo de dicha Doña Antonia, y concluyò pidiendo en ella, se le declarasse por su heredero abintestato, en cōsideracion de que aunque avia muerto con testamento, avia caducado la institucion de heredera que en él hizo, por aver muerto esta antes que dicha Doña Antonia: Y cō efecto, por auto pronunciado por el Alcalde mayor en 11. de dicho mes de Julio (en atencion a que estava justificado ser dicho Juan de Mōtes hermano de la dicha Doña Antonia) le declaró por su heredero abintestato; y que consiguientemente le tocavan todos los bienes que quedaron por su fin, y muerte, pagadas las deudas, entierro, y Missas que ordenò en su testamento.

3 Despues de lo qual, con el motivo de q̄ el Provisor, y Vicario general de dicha Ciudad, y Obispado, de oficio, hizo informacion, de que dicha Doña Antonia avia dexado a su Alma por heredera, con quatro testigos, que deponen, la dixeron, que como no disponia sus cosas, respecto de aver faltado la dicha Doña Juana, y aver quedado invalido el testamento que tenia hecho? Respondiò: que su Alma avia de ser heredera. Y aunque los testigos la preguntaron, si tenia parientes; respōdió, que tenia vn hermano en Vbeda, y otras dependiencias en aquella Ciudad, pero que jamás les avia devido nada; y q̄ assi su Alma por heredera. Y como si las deposiciones destos testigos fuessen verdad indeficiente de que avia testamento a favor de causa pia, passó el Provisor a despachar letras de inhibicion contra el Alcalde mayor, para que se abstuviesse de proceder en los autos de dicho inventario, y los remitiesse a el Tribunal Eclesiastico; cuyas letras se notificaron a el Alcalde mayor, por quiē se pidió traslado dellas, y de los demàs autos Eclesiasticos, que se mandò dar.

4 En vista de los dichos autos, reconociò, que el Fiscal fundava el derecho de la jurisdiccion Eclesiastica, para

para que subsistiessen las dichas letras, en que dicha Doña Antonia avia muerto baxo de la disposicion nuncupatiba, en que instituyò a su Alma por hereddera; esforçando, que avia sido perfecta, assi por razon de la voluntad, como por razon de la solemnidad. Y en oposicion de esto, pidiò el Alcalde mayor, se inhiviesse el Provisor de el conocimiento de dichos autos, apelando de lo contrario; y protextando el Real auxilio de la fuerça. Y deviendolo aver executado, no lo hizo; por cuyo motivo, ocurriò a la Real Chancilleria de Granada, por via de fuerça, donde obtuvo la Provision acordada, y sobrecarta de ella, por aver denegado su cumplimiento sin motivo. Y en execuciõ de dicha Sobrecarta, remitió el Eclesiastico los autos a dicha Real Chancilleria; dõde se hallan, para que se determine el articulo de fuerça intentado.

5 Pretende el Alcalde mayor, se declaré, la haze el Provisor en conocer, y proceder, y que se dé, y pronuncie en esta dependiencia auto de legos.

6 El Fiscal pretende lo contrario, esto es, que se declare, que el Provisor no haze fuerça, y que le toca el conocimiento de dichos autos, assi por lo que mira a la publicacion de la voluntad nuncupatiba conq̃ se supone muriò dicha Doña Antonia, a favor de la causa pia de su Alma, como para proceder a el inventario de los bienes que quedaron por muerte de dicha Doña Antonia.

7 De lo que queda notado resulta, que es vnico el punto que se controvierte, y es sobre a quien toca el conocimiento del caso q̃ contiene la especie propuesta, *vtrum* pertenezca a la jurisdiccion Real, ò la Eclesiastica; y assi es precisso que no nos extraviemos en este discurso deste punto, discurriendo, sobre lo que es estraño dèl: *In-herendo commendabilissimo curiæ stilo ab-horrendi superflua.*

8 Y respecto de que el Fiscal Eclesiastico propone, como medio genuino, para fundar, que la jurisdiccion Eclesiastica deve conocer de dicha publicacion, è inventario, que la dicha Doña Antonia muriò baxo de voluntad nuncupatiba, en que instituyó a su Alma por heredera, suponiendo, que fue *perfecta ratione voluntatis*; y que esta jus-

tificada con la informacion de testigos que de oficio hizo el Provisor, aunque esto no es genuino de el punto de jurisdiccion que se controvierte, nos es precisso hazernos cargo de semejante proposicion, para q̃ de omitirla, el Fiscal no discurra que es dificultad insuperable, y que acredite tiene fundado su intento, quá lo de ella se ha de deducir el fundamento mas solido, que favorece a la jurisdiccion Real.

9 Es constante proposicion, que la voluntad del testador es la causa eficiente del testamento, de tal forma, que sin ella qualquier testamento, *apud omnes gentes*, es invalido, Elcañ. *de testament. cap. 1. n. 9. & 10. & n. 12. ibi asserit*, que se requiere para la perfeccion del testamento, que la voluntad del testador sea perfecta, y deliberada.

10 Cuya proposicion milita igualmente en los testamentos *ad causas profanas, vel ad causas pias, l. si quis cum testamento, l. ex ea scriptura, ff. de testament. l. furiossum, C. eodem tit.* Y esta proposició cierta, y verdadera la funda el mismo Elcaño *de testament. cap 6. n. 19.* y el en *n. 26.* la exorna cō crecido numero de DD. que la defienden nerbosamente; y al *n. 43.* refiere esta mesma opinion vna decision de la Audiēcia Real de Sevilla, en que se determinó no subsistia vn legado de 20. ducados dexado a vna obra Pia en testamento imperfecto, *ratione voluntatis*. Y tambien la enseña Mostaz. *de caus. pys lib. 1. cap. 6. n. 25.* ibi: *Qua interpretatione suscepta admito secundam sententiam, vt minime ex defectu voluntatis subsistineatur testamentum pium: & ratio est, nam nequit substineri nisi habeat illa de iure naturali requisita; voluntatis vero imperfectio est defectus iuris naturalis non enim de iure naturali aliqua dispositio valet substineri absque Domini voluntate, & consensu, nec ad id datur aliqua dispensatio, vt in terminis animadvertit Gracian. discept. 764. n. 25. Itaque ex voluntate imperfecta, nequit pium testamentum substineri. Tunc voluntas imperfecta, voluntas non est l. cum Syllanianum, C. de his quibus, vt indigni* Mantica *de coniect. lib. 3. tit. 3. nu. 11.* Castill. *controvers. lib. 5. cap. 108. n. 1. Ergo sicut testamentum pium, nequit substinerit absque voluntate testatoris, similiter ex voluntate imperfecta*, Cels. Hug. *consil. 116. n. 3.* Paris. *lib. 3. cons. 24. n. 11.* Magdal. *de num. test. 2. part. cap. 5. n. 1.*

La

11 La Misma doctrina enseña el Emo. Cardenal de Luca, *de testament. discurs. 13. nu. 5.* donde afirma, que esta es la mas verdadera, y recebida opinion: *& sepius amplexat a S. Rota*; y dà la razon, ibi: *Quoniam iuri naturæ dispensari non potest, nec Ecclesia quæ iustitiæ, ad veritatis cultrix, absque Domini certa voluntate, aliena bona obtinere debet.*

12 Y en la especie de nuestro caso es sin duda, que la voluntad nuncupatiba conque supone el Fiscal murió Doña Antonia de Montes es imperfecta, *ratione voluntatis*, y assi de ningun valor, ni efecto, conforme a las doctrinas expressadas.

13 La imperfeccion desta voluntad se manifiesta de muchas circunstancias que nacen del mesmo hecho, que propone el Fiscal en sus alegaciones, pues como le figura es diziendo; que Doña Juana de Montes, a quien avia instituido por su heredera en el testamento que otorgò Doña Antonia de Montes su hermana, murió por el mes de Junio; y en consideracion de ser invalido el referido testamẽto, por defecto de heredero, y aviẽdo passado a darla el pesame Doña Maria Peral, en presencia de Isabel del Moral su criada, la dixo, que como no disponia sus cosas, respecto de aver faltado dicha Doña Juana, y por esto aver quedado invalido el testamento que avia hecho: a que respondió, q̃ su Alma avia de ser heredera; y aunque le preguntó tambiẽ si tenia parientes, respondiò que tenia vn hermano en Vbeda, y que jamàs le avia devido nada; y que assi su Alma por heredera. Y lo mesmo depone el Padre Fray Alonso Lopez Caracuel, diziendo; que aunque la aconsejò, que hiziesse testamento, respondiò, que no lo avia menester, porque su alma era su heredera. Y tambien depone lo mesmo Sebastiana Lorença Quixada, viuda de Alonso de Ortega; de cuyo hecho resulta, que la dicha Doña Antonia no testó en la ocasion que refierẽ dichos testigos expressò dichas palabras

14 Las quales las pronunciò por via de conversacion con dicha Doña Maria Peral; conque aunque fuessen contestes los testigos referidos, de sus mesmas deposiciones resulta la imperfeccion de la voluntad de dicha Doña Antonia; pues lo que hizo fue, expressar su voluntad por via

de

de memoria, ò comunicacion: *Et sic non fuit perfecta, sed in fieri* D.Castill.*lib.4.cap.21.n.115.vers.6.vero.* Cardinal de Luca *de testament.dict.discurs.13.n.14.& 15 vbi asserit,* que la vltima voluntad perfecta ha de ser *dispositive*, declarando delāte de testigos, como tales, y no le es quando la expressa, *loquendo*, con ellos, *confidentialiter*, ó secretamente diziēdo, he de hazer tal legado, ò he de dexar mi Alma por heredera, porque es vna veleidad, y preparacion de futura disposicion, Socin. iunior. *cons.179.a n 44.lib.2. qui consuluit in facto eius, qui sermocinando cassu dixit velle Franciscum esse suum hæredem: quæ verba quia perfunctorie, & iocosse dicta fuerunt ex defectu deliberationis animi nullius momenti fuerunt.*

15 Ni parece se puede dudar, que las palabras que dixo Doña Antonia *fuerunt perfunctorie dicta*, como lo manifiesta la ocasion en que las expressó, pues fue quando la passò a dar el pesame de la muerte de su hermana la dicha Doña Maria Peral, y assistia a dicha visita la dicha Isabel de el Moral su criada; acto totalmente estraño de disponer de sus bienes por vltima voluntad la dicha Doña Antonia; y que por si manifiesta, que no expressó dichas palabras *dispositive*, sino es *perfunctorie, & sic minime atendenda esse* Escañ. *de testam.cap.16 n.14.*

16 *Et quia ex pluribus*, se demuestra la voluntad deliberada, ó imperfecta de el que habla sobre la disposiciō de sus bienes para despues de sus dias, ipse Escañ.*dict.cap.16. n 18 docet, quod ad cognoscendam deliberationem, considerandæ omnino sunt conditio personæ loquentis, locus, tempus, ipse loquēdi modus, & apud quas personas, quis loqueretur, vt docte, satis, & acute exponit* Menoch.*cas.496.ex n.43.*

17 Y en comprobacion de que fue imperfecta la voluntad de dicha Doña Antonia, en la forma que la propone el Fiscal, es precisso que discurramos por todas sus circunstancias, en vista de la doctrina citada de Menochio, para que desta forma se demuestre notoriamente la imperfeccion de la dicha voluntad.

18 La primera conjetura que haze, la deduce *de persona loquentis*; y el en *n.* 44. dize: q̄ si a vn varon docto, y perito, convocados los amigos, y testigos, se le preguntasse: *An*

An vellit relinquire sempronio centum, vel vellet eum instituere, &c. & respondeat, vollo relinquere, vollo instituere: En cuyos terminos resuelve, que dicha voluntad no fue dispositiva, *testandi,* sino es preparacion *ad testandum,* y esta la limita en el ignaro, y imperito, *qui persæpe voluntatem suam verbis admodum improprijs significant.* Y aunque la dicha Doña Antonia la consideremos ignara, é imperita, no puede aprovecharse el Fiscal de la doctrina deste numero, pues Doña Antonia no habló las palabras mencionadas, cõvocados amigos, ni testigos, ni cón premeditacion alguna.

19 Demás; que el mesmo Menochio en el *nu.*47. manifiesta, que de la conjetura antecedente pot si sola *nil prodest,* pues dize: *Persona ita que imperita, & ignara, significationis verborum admissa, erit deinde perpendenda coniectura il la ducta qualitate loci.* Porque puede suceder, que alguno se halle en lugar menos acto, *ad aliquid agendum, & cassu potius aliquid dicat quam deliberate.* Y cita la doctrina de Socino Iunior, en el lugar que llevamos referido: *Qui loquitur de aquel, qui cassu sermocinãdo dixit Voglioche Francesco symio hærede, &c.* Y ya queda ponderado quan casualmente explicó las dichas palabras la dicha Doña Antonia, como lo denota estar en su sala recibiendo visitas de pesame, y no en la cama enferma.

20 Tambien dize Menochio a el *nu.*49. *Erit perpendenda qualitas temporis, vt si quis eo tempore, quo est peregré profecturus hoc agat, vel cum gravi morbo laborat.* Y resultando como resulta de lo que deponen los testigos de el Fiscal, que la dicha Doña Antonia no estava enferma en la cama, pues no refieren esta circunstancia, aunque expressan, que passaron a darle el pesame de la muerte de su hermana; y lo cierto es que se hallava entonces buena, y vestida, y para recibir visitas, sin que se pueda afirmar lo contrario por el Fiscal; pues aunque murió cinco dias despues de dicha visita, fue repentinamente, y sin aver padecido enfermedad, mas que del accidente de que murió, que duró 24 horas; conque *ratione temporis,* se convence, que no fue la voluntad que expressò, deliberada, y perfecta.

21 Y en el *n.* 50. previene el mismo Autor: *Quod con-*

considerandus etiam erit loquendi modus; pues muchas cosas se dizen por jactancia, como lo denotan las mismas palabras que explicò Doña Antonia, que no miraron tanto a favorecer su Alma, como a explicar lo poco que devia a los parientes de Vbeda; y aun por esto, no obstante que tuvo tiẽpo de cinco dias para ello, no procurò manifestar su voluntad *dispositive*, *& deliberate*: y lo que es mas, que el dicho Padre Fray Alonso Lopez Caracuel no la aconsejó lo hiziesse assi para quitar dudas, pues no podia ocultarsele; que aũque él refiere en su deposicion le oyò dezir dichas palabras, no podia ser prueba que lo depusiesse, por ser testigo vnico, y singular, y ser necessario a lo menos dos testigos contextes, segun la opiniõ que mas favorece la causa pia, para que se prebe la voluntad nuncupatiba, y que fue perfecta; conque el mesmo hecho de averse hallado solo, le instava para que la dixesse, que *dispositive*, declarasse su voluntad dicha Doña Antonia delante de suficiente numero de testigos, y Escrivano, y no lo hizo dicho Religioso; de que se infiere, no reconociò en dicha Doña Antonia voluntad determinada de testar a favor de su Alma; conque se arguye, que las palabras que dixo fueron por jactancia.

22 Vltimamente, propone Menochio a el *nu.* 51. la conjetura que se deduce de *apud quos quis loquatur, vt si apud viros probos amicos, & testes.* que convocados, aora preceda la interrogacion, y se subsiga la respuesta, ò no; la mesma convocacion arguye bastantemente: *Deliberationem loquentis.* Y aunque ex doctrina Socini, dize, que si no fueren convocados los testigos, y preceda la interrogacion *subsecuta responsio, traditur deliberate facta*, tãbien dize: *In hac parte sequor distinctionem Ruini, & aliorum quos supra commemoravi.* Cuya distincion propone a el *n.* 37. donde enseña, que la interrogacion, y respuesta no se deben estimar sin convocacion de testigos; conque no aviendo esta en el caso presente, pues fue casual q̃ Doña Maria Peral, y su criada viessen a Doña Antonia, con el motivo expressado, se manifiesta, que assi como no convocò testigos para hablar sobre su vltima, y deliberada disposiciõ, se reconoce, que lo que hablò en orden a ella fue *per iactantiam, & perfuntorie.*

Las

23 Las palabras que confiessa el Fiscal dixo Doña Antonia fueron: *Quiero que mi Alma sea mi heredera*; y diziendola que testasse, respondió, que no lo necessitava; *que su Alma por heredera*: y tambien dize otro testigo, que respondió, *que no, que su Alma avia de ser su heredera*; y otro dize, que respondiò, que no lo avia menester, *porque su Alma era su heredera*. Las quales manifiestan lo imperfecto, é indelibetado de la voluntad de Doña Antonia; pues las primeras en q̃ dixo: *Quiero que mi Alma sea mi heredera*, solo manifiestan vn deseo, y no voluntad dispositiba, Menoch. *dict. cas.496. nu. 55.* ibi: *Quartus cassus est quandò dictum est vellem eligere, vellem emere, vellem adire hoc sane cassu intelligitur imperfecta voluntas, & dispositio cum solum desiderium significent.* Y es sin duda, que la palabra *sea* es de presente, optativo, y suiuntivo, y que significa tan solamente deseo: *Et non perfectam voluntatem vt docet* Menoch. *n.seqq.56.in 57.* dize, que procede la referida sentencia, *etiam praecedenti interrogatione, & responsione.*

24 Y tambien se manifiesta dicha imperfeccion con las palabras que respondiò Doña Antonia a quiẽ la dezia hiziesse testamento, diziendo: *Que no, que su Alma avia di ser su heredera*; pues como dellas consta, son de tiempo futuro: *Et ideo ex eis nõ probari institutionem*, ex Anton. Gom. Azeved. Capiciolatr. Escañ. *de testam.cap.16.n.19.*

25 Para reconocer quan sin fundamento juridico se quiere deducir voluntad perfecta de lo que deponen los testigos del Fiscal, se debe atender, que para publicar el testamento, y vltima voluntad nuncupatiba de Doña Antonia debian concluir, conforme à derecho, tres articulos. El primero, que la susodicha tuvo animo de testar, porque assi lo declaró, y para ello llamò testigos. El segundo, que efectivamente testó por palabras significativas de tiempo presente. El tercero, que en el acto de testar expresò todas las cosas que quiso, y que no tuvo por entonces otra cosa que dezir: *Et his probatis recte testamentum poterit publicari, & dicta procedunt, si testator nuncupative testatus fuit sine scriptura*, ita Escañ. *de testam.dict.cap.16. n.21.* En vista desta regla se reconoce lo insubstancial de la probança de que se vale el Fiscal;

Fiſcal; pues como dezia Seneca: *Niſi ad regulam prava nõ corriges*; y atendida, ſe evidencia, que los teſtigos de ella no cõcluyen alguno de dichos articulos; y aſſi es impoſſible pueda obtener, aun quando llegue el caſo de diſputarſe, principalmente el punto de la referida voluntad.

26 Bien reconociò el Fiſcal lo imperfecto que dexamos fundado de la voluntad de Doña Antonia, y que la debia ſubſanar por algun medio; y el que diſcurrió, fue pedir por vn otro ſi de vn eſcripto que preſentó, que ſe ratificaſſen los teſtigos de ſu informacion, y declaraſſen como era cierto, que la dicha Doña Antonia avia tenido animo de teſtar, y con efecto avia teſtado diſpoſitivamente; y aviẽdo mandado el Proviſor que eſto ſe executaſſe aſſi, ſe ratificaron dichos teſtigos; y ſin duda, y *ex propria credulitate*, deponen, que tuvo animo de teſtar Doña Antonia; y lo demàs que pidiò el Fiſcal; como tambien lo huvieran hecho ſi huviera pedido otra qualquier coſa, y aſſi, no merecen fee alguna, Farin. *de teſt. quæſt. 68. §. 2. a n. 62. Et ratio eſt, quia ad hoc vt teſtes probent neceſſe eſt, vt de veritate facti per ſenſum corporeũ deponant, aliter nullam faciunt fidem*, ita Farin *dict. quæſt. n 63.* Eſcañ. *dict. tract cap. 16. n. 10. vbi, quod animus teſtandi nõ probatur ex eo quod teſtes dixerint quod habuit teſtator animum teſtandi, niſi reddant rationem, quæ reſultet ex verbis teſtatoris, vel alij ſignis, & actibus extrinſecis.* Y aunque eſto pudiera tener falencia, que ſe niega, *ex alio capite*, no merecen fee, ni credito en lo que añadieron a ſus primeras depoſiciones, *ex intervallo*, deponiendo a el tenor de dicho otro ſi: *Quia ad petitionem partis teſtes non poſſunt repeti, vt addant, detrahant, vel corrigant dicta, poſtquam potuerunt loqui cum partibus cap. præterea de teſt.* & ibi DD. Valaſc. *conſult. 43. n. 16.* Farin. *de teſt. quæſt. 66. a nu. 227. & a nu. 255.* De que ſe deduce, que el remedio que intentò el Fiſcal para ſubſanar la imperfeccion de la voluntad de Doña Antonia, la deſcubriò mas, evidenciandoſe, que no tiene medio alguno juridico para conſeguir ſu intento.

27 Ni obſtarà que el Fiſcal ſe valga del *text. in l. in teſtamento imperfecto, ff. de fideicomiſ. libert. ex quo deducitur, valet legatum relictum piæ cauſæ in teſtamento imperfecto ratione volun-*

voluntatis; porq̃ deste texto se haze cargo Escaño *de testam. dict.cap.6.n.4.* pero a el *n.*44.responde,ex Burg.de Paz,Mena y otros, que dicho texto, *Loqui de imperfectione solemnitatis, & non de imperfectione voluntatis.* Conque se desvanece la objeccion que se hiziere, fundada en en el referido texto.

28 Hasta aqui se ha ponderado,q̃ la voluntad nũcupatiba de D.Antonia fue imperfecta *ratione volũtatis*,como,y en la forma q̃ la propone elFiscal;y respecto de q̃ este tãbien insistiò en sus pedimentos, en q̃ fue perfecta *ratione solemnitatis*, es precisso que con brevedad manifestemos lo incierto de esta proposicion.

29 Que se evidencia de que el testamento *ad pias causas cum duobus vel tribus testibus, etiam non rogatis valet de iure Canonico.* Y assi solamente tendrà lugar en los Eclesiasticos que testan, y en las demàs personas que estàn sugetas a el Summo Pontifice, y en las tierras sugetas a la Iglesia; y lo contrario se debe observar, en quanto a los Seculares, y no sugetos a la Iglesia,que deben testar,*Iure Regio,& secundum formam,l.1.tit.4.lib.5. Recopil.* Y esta doctrina la defiede nerbosamente Escañ. *de testam.dict.cap.6 n.62. & pro eâ landat plures,& inter illos*, Valasc.*consult.74.n.8. &* 13. *qui dicit oppinionem contrariam non posse de iure nec de praxi substineri.* Y aunque a el *nu.* 66. refiere vna decission de la Audiencia Real de Sevilla,*in causa cuiusdam mulieris quæ decessit in Hospitali,& coram Parrocho Hospitalis, & duabus fœminis animam suam instituit hæredem*; y que los herederos ab intestato, defendiendolos el mesmo Escaño,impugnaron este testamento, *ex defectu solemnitatis*; y esto no obstante,se determinò a favor del testamẽto: *Minus solemne quia fuit ad pias causas*; pero Escaño no se conforma con esta determinaciõ, dando por razon,que la contraria opinion es la mas comũ: *Et multis decissionibus fulcita*, Bayus *in prax. Eccles. & Secular.part.3.lib.2.quæst.2.nu.6.* Y es cierto que, sin embargo de lo que por ella se determinó, quedò la controversia en terminos de opinion; y aun por esto Escaño defiende la que propone *in dict.cap.* sin atender a dicha decission: conque a el presente incidimos en la misma duda, que resuelve contra el testamento, *Minus solemnè ad pias causas*, que no nos

 dete-

detenemos a exornarla, *pro nostra tenuitate*; porq̃ para nuestra controversia, es suficiente proponer lo que refiere Escaño, y no es tolerable nos detengamos en lo superfluo.

30 Demas, que el caso de la *decis. Hispalens.* no es el mesmo que incide en nuestra especie, porq̃ a lo summo lo que puede alegar el Fiscal es, que dos mugeres de las que deponen en su informacion son contestes, porque el P. Fray Alonso Caracuel, ya se reconoce es singular; y la dicha Sebastiana Loréça Quixada lo es assimismo, porque no se hallaron presentes, ni concurrieron con las dos mugeres que considera el Fiscal por contestes en la ocasiõ que expressan; y en estos terminos se debe tener por cierto, que la dicha voluntad de Doña Antonia es imperfecta *ratione solemnitatis*; pues las dichas dos mugeres *etiam* a favor de la pia causa, *nõ sufficiunt ad probationem voluntatis nuncupativæ, vt asserit Excelentissimus Cresp. de Valdaura obseru 52. n 23.* ibi: *Etiã in testamentis ad pias causas duas fœminas non sufficere, verior oppinio* est Dian. *part. 7. resol. Moral, tract. 6. resol. 16.*

31 Y aun que no fuera la mas verdadera esta opinion, como afirman los gravissimos Autores que se han citado, debe ser la mas practicada, en consideracion de que *vt Cicero Philip II. a notat in publicis actibus nil lege publica gravius in privatis, nil firmins sit testamento*; y aun por esto, *primi legum conditores quibus leges edere munus fuit*, discurrierõ que para la perfeccion del testamento debian intervenir las circunstancias de mayor legalidad, por evitar falsedades, *vt in l fin. & in l. iubemus, C. de testam. & in l. fin. C. de fideicõm.* not. Ant. Robert. *rer. iudicat. lib. 2 cap. 10. pag* 438. Y no puede ser tolerable, que acto tan serio como el testamento se pueda justificar con dos mugeres; pues aunque es verdad, que *a iure communi, & regio* está prohibido, que sean en los testamentos; la razon fundamental desto es su inveccilidad, y fragilidad, *ratione sexus vt videre est, in l. hac consultissima, C. de testam. l. 1. 2. & 9. t. 1. p. 6.* Y como sea cierto, q̃ cõ el motivo de deponer las mugeres en testaméto hecho a favor de causa pia no las desnuda de su fragilidad, parece que lo mas seguro es excluirlas de que intervengan en tales deposiciones; y con superior razon, quando la experiencia está enseñando

que

que con el titulo de piedad, les parece no delinquen, aunque falten a la religion del juramento; y assi la opinion de los referidos Autores, demas de ser la mas verdadera, es la mas digna de observar.

32 De lo fundado hasta aqui se haze innegable el grave peso que tienen los motivos juridicos que persuaden de imperfecta la voluntad de Doña Antonia: *Non solũ ratione voluntatis, sed etiam ratione solemnitatis.* Y todo lo q̃ en contrario puede alegar el Fiscal no hará que descaezca la verdad de las proposiciones sentadas; y lo que podrà intentar es, obscurecerlas con la duda que resultare de lo que deduxere; y en estos terminos es pribativa de la jurisdicion Real la publicacion de la voluntad nuncupativa de Doña Antonia, é inventario de sus bienes. Y siendo esto tan claro, y manifiesto, causa admiracion que se quiera controvertir con la jurisdiccion Real este punto, y despojarla de lo q̃ notoriamente la pertenece; y que se pretenda que la Eclesiastica meta la hoz en mies agena.

33 Claramente se convence, que la expressada publicacion pertenece a la jurisdiccion Real, de la decision de la Audiencia Real de Sevilla, que queda referida, de que haze mencion en el dicho *cap.6.* Escaño, *a n.66.* pues siendo assi que alli huvo duda sobre si el testamento en que se instiyó a el Alma por heredera debia valer, sin embargo de impugnarla los herederos abintestato, *ex defectu solemnitatis*, se resolvió afirmativamente por la Audiencia. Preguntase aora: La Audiencia Real de Sevilla es Eclesiastica, ó Real? Lo que se controvirtiò en ella no fue sobre vn testamento en q̃ fuè instituida la Alma por heredera? Esto no se puede negar, porque lo refiere Escaño; ni se puede dudar que dicha Audiencia Real es Secular, y no Eclesiastica; conque es precisso que el Fiscal se confiesse convencido, de que en nuestro caso no puede la jurisdiccion Eclesiastica conocer de la publicacion de dicha vltima voluntad, y controversia que sobre ella huviere; pues es sin duda, que esto es proprio de la jurisdiccion Real, como lo advierte el mesmo Escaño, *in illis verbis. Lis autem controversa fuit in Regio Tribunali licet anima fuisset hæres instituta, quia cum dubitatur de valore testamen-*

tamenti a Seculari confecto, *tunc iudex Secularis competens est*, *secus autem fuisset si ageretur de executione testamenti ad pias causas factum.* Cuyas palabras son terminantes del punto de N.cõtroversia, pues se duda del valor de la volũtad nũcupatiba de Doña Antonia a favor de su Alma; conque no puede introducirse a determinar esta duda la jurisdiccion Eclesiastica, como no se introduxo en el caso que refiere Escaño, y assi no expressa, que el Ordinario Eclesiastico de la Ciudad de Sevilla excitasse controversia sobre jurisdiccion, por ser caso claro, que tocava a la Real: y sin embargo desto se ha executado lo contrario con el Alcalde mayor, quien fuera muy culpable si no hiziera esta defensa, que no discurriò llegara el caso de proponerla; pues estando el Fiscal tan versado en todos los derechos que pertenecen a causas pias, tenia presente el Alcalde mayor, que no avia de querer, con el pretexto dellas, estender la jurisdiccion Eclesiastica a caso que no le toca; mayormente quando està advertido, que a la pia causa no se le ha de favorecer contra las reglas express-sas de derecho, *cap.ex thenore de foro competenti*, ibi: *Nos atẽdentes quod ita sumus viduis in iustitia debitores quod allijs iniustitiam facere non debeamus* Escaño *dict.cap.6.n.29.*

34 Esfuerçase el intento de la jurisdiccion Real con la consideracion siguiente, Ferr.Manriq.*in suis qq.Vicarial. part.1.quæst.73.n.6.* confiessa, que si en el testamento *in scriptis*, està instituida por heredera la causa pia, la publicacion de este testamento debe ser ante el Juez Secular, sin q̃ se pueda introduzir a hazerla el Juez Eclesiastico, *in illis verbis: nam quando testamentum Laici adhuc est clasum, & piæ causæ in illo contentæ ignorantur, quomodo illarum ratione poterit iudex Ecclesiasticus ad publicationem admiti? Itaque in hoc cassu ipsius iurisdictionem, quo ad vsque publicato testamento hæredes pij, seu causæ piæ publicentur.* Sed sic est, que quando se duda de la validacion de la vltima voluntad a favor de pia causa, como en nuestra especie, no se sabe si ha de ser, ó no heredera, porque *dubius ab ignorante non distat l.manifestissimi,§ sin autem nescius,C.de Furt.Gamm.decis.91.n.1.imo comparantur dubius, & ignorans,*ex Surd.*decis.265. n.17. ergo*, como el caso que la publicacion del testamento *in scriptis*, en que està

eſtà inſtituida por heredera la cauſa pia, debe correr la publicacion a cargo de la juriſdiccion Real; de la meſma forma, ſiempre que aya duda ſobre la validacion del teſtamẽto nuncupatibo, tambien debe correr ſu publicacion a cargo de la meſma juriſdiccion Real; pues haſta que ſe aya hecho no ſe ſabe ſi ha de ſer, ò no heredera la cauſa pia; *igitur*, ſe convence, que en nueſtra eſpecie no tiene accion la juriſdiccion Ecleſiaſtica, para impedir a la Real, que adminiſtra el Alcalde mayor, intervenga en la publicacion de la volũtad de Doña Antonia, y deciſion de la duda que ſobre ella ſe ha excitado.

35 Con otro fundamento ſe evidencia mas eſte meſmo aſſumpto, que ſe deduce de la regla juridica, y cierta que enſeña, que S. M. funda de derecho ſu juriſdiccion contra ſus vaſſallos Seculares, *l.1.§.cum vrbem,ff.de offic.perfec. vrb.l.1.& 2.tit.1.lib.4.l.vltim.tit 4. lib.1. Recopil.* ibi: *Pues eſtá fundada ſu intencion, y de la juriſdiccion Real,* Parej. *de inſtrument.ed.hct.tom.1.tit.2.reſol.6.n.27.* Eſte principio es tan ſentado, que todos la Autores que emos viſto le conceden, no ſolo en las cauſas del mixto fuero, ſino en las mere eſpirituales, como ſon las de la immunidad Ecleſiaſtica, en que no probandoſe plenamente la extraccion de la Igleſia por el Iuez Ecleſiaſtico, y que el delito no es de los notoriamente exceptuados, avrà determinaciõ de auto de legos, ex plurib. D.Math. *de re crim.controverſ.78. a n.224.* Y aſsi es neceſſario, que en qualquiera dependiencia contra legos, conſte de la qualidad que le dà juriſdiccion al Iuez Ecleſiaſtico.

36 De que ſe infiere, que ſiendo la qualidad que dá juriſdiccion a el Iuez Ecleſiaſtico, para la execucion de teſtamento nuncupatibo, ad pias cauſas, que conſte de el miſmo teſtamento, y que no ſe dude en ſu validacion; quãdo llega el caſo de dudarſe eſtà excluida preciſſamẽte la juriſdiccion Ecleſiaſtica, pues no ay teſtamento que executar haſta que ſe decida la duda que ha ocurrido; pues notoriamente falta la qualidad que le dà juriſdiccion para que proceda a la execucion; y aſsi, no puede propaſſarſe a conocer de lo que no le pertenece.

37 Pruebaſe mas eſto haziendo reflexion a que ſi

antes que todo no consta de la qualidad en que se funda el Iuez Ecclesiastico, con exclusion de toda duda, la jurisdicciõ dudosa no puede excluir la clara, y evidente que assiste a su Magestad en sus vassallos Seculares: Luego es manifiesto, q̃ en nuestro caso, que no consta aya voluntad nuncupatiba de Doña Antonia a favor de causa pia, *imo potius*, en esto ay la duda que se ha propuesto, no puede la jurisdiccion Eclesiastica excluir a la Real, con el pretexto de que le toca la execucion de el testamento ad pias causas; pues no aviendo tal testamento, claro, y sin duda, no puede tratarse de su execucion; conque el intento del Fiscal se califica de intempestivo; y se manifiesta que no ay motivo que impida a la jurisdiccion Real proceder a la publicaciõ de la referida voluntad, y a conocer de la duda excitada sobre su validacion.

38 No puede replicarse, que con la informacion de que se vale el Fiscal, que hizo de oficio el Provisor, se sale de la duda propuesta, y se justifica la qualidad que atribuye jurisdiccion al Eclesiastico, por carecer de fundamento esta instancia, en consideracion de que en lo que puede intervenir en el testamento de secular hecho ad pias causas, es en su execucion, segun enseña Escaño *dict. cap 6. n. 67.* ibi: *Secus autem fuisset si ageretur de executione testamenti ad pias causas factum, nam tunc pia causa instituta privatibe pertinet ad Ecclesiasticum cognitio, & voluntatis piæ executio, opera enim pia sunt de foro Ecclesiastico.* Y en el *nu. 68.* refiere vna decision de la Audiencia Real de Sevilla, *in casu cuiusdã Lusitani qui animam instituit hæredem.* En cuya causa sin motivo juridico, se procediò por el Iuez Secular a el embargo de los bienes del Lusitano, para executar su vltima voluntad; y por ser contra la jurisdiccion Eclesiastica, el Iuez Eclesiastico despachó letras de inhibicion contra el Secular, y aviendo llevado este a la Audiencia la referida causa, por via de fuerça, se declaró que no la hazia el Eclesiastico; porq̃ aunque la execucion de los testamentos est *mixti forì, tamen quo ad pias causas spirituales, iudex Secularis, nõ se immiscet ex cap. decernimus de iudit. sed sic est*, que en nuestra especie no ay testamento *ad pias causas*, como le huvo en el caso de la causa *cuiusdam Lusitani*, pues en ella no se dudò de la validacion

de

de su disposicion vltima a favor de su Alma; *igitur* el Iuez Eclesiastico no puede introducirse de oficio, ni a pedimento de el Fiscal a recibir dicha informacion; pues solo le tocava la execucion si huviera la voluntad vltima de Doña Antonia que se supone, y si ocurriera en la causa de el Lusitano, que refiere Escaño, lo mesmo que sucede en la nuestra, se huviera pronunciado auto de legos; como lo manifiesta la decission de la Real Audiencia, que dexamos notada, y refiere el mismo Escaño *dict cap.n.64.*

39 Menos obsta quiera auxiliar su intento el Fiscal con el discurso que puede deducir de la regla que enseña, que el Iuez de la causa preparante, lo es de la causa preparada, *l. ordinarij* 13.*C.de rei vindicat.* ex plurib.Carlev.*disp.* *2.tit.1.n.*204. pues en nada le favorece, en consideracion de que la causa que prepara en la controversia presente, es la determinacion de la duda que ocurre en la vltima voluntad de Doña Antonia, y esta pertenece a la jurisdiccion Real, *vt sepius dictum est*; conque mal se puede aplicar la referida regla, sino es que sea *contrario sensu*; esto es, que el Iuez de la causa preparada, lo es de la causa preparante: *Quia connexorum idem est iuditium*, Carlev.*dict.nu* 204. A que se satisface, considerando, que no ay cosa mas comun en el derecho, q̃ repeti los casos, en que està dividido el conocimiẽto de vna causa de la execucion de ella, entre el Iuez Secular, y el Eclesiastico; y vno dellos es, quando el Clerigo recibió algun deposito, en fuerça de autos de el Iuez Secular, que este es competente contra el mesmo Clerigo, para conocer de la causa sobre la restitucion de el deposito, y cõdenarle a ella; y en quanto a la execucion desto, es Iuez competente el Eclesiastico, Marth. *de iurisdict.*4 *part.cent.*2.*cas.*123 *Vbi declarat Secularem posse iudicialia ordinare, sequestrum esse restituendum, sed executionem faciendam esse per iudicem Ecclesiasticum*, idem docet Zevall.*de cognit.per viam violent.*2.*part. quæst.*76. *per tot.& in n.*16 *sic fatur: sed si ego index essem, ita causam, & litem componerem, quia vt causa agitatur in Regali Chancilleriæ super cognitione, vel super executione primo cassu admiterem primam opinionem declarãdo vim facere iudicem Ecclesiasticum procedendo per censuras contra Iudicem Secularem, ad quem causam

ſam remiterem: In ſecundo vero caſſu, quando iam cauſa per iudicem Secularem fuit ſententia difinitiba terminata, & ipſe iudex per ſe intendit exequi ſuam ſententiam contra Clericum depoſitarium; tunc admiterem ſecundam opinionem favore iudicis Eccleſiaſtici, contra Secularem qui non poteſt per modum cognotionis, & executionis procedere contra Clericum, qui a non habet iuriſdictionem in ipſum. Ergo aparitate rationis, ſe debe executar lo meſmo en eſte caſo; pues la duda ſobre la voluntad de Doña Antonia toca a la juriſdiccion Real; y caſo que ſe decida a favor de la cauſa pia, es la execucion propria de el Iuez Eclcſiaſtico: y aſsi ſe deſvanece la regla que dize: *Connexorum idem eſt inditium.* Porque en eſta ſolamente tiene lugar quando *connexa ſunt individua*, y no *vbi non par, ſed eſt diverſa ratio* Scazia *de indit. lib. 2. cap. 11. n.* 307. Y no aviendo igual razon en nueſtra eſpecie para que conozca el Iuez Ecleſiaſtico de la duda expreſſada contra la voluntad nuncupatiba de Doña Antonia, con[illegible] de la execucion, caſo q̃ ſea la deciſion a favor de la referida voluntad, como conſta de lo que ya dexamos fundado; ſe reconoce, que el diſcurſo que haze el Fiſcal, deduciendolo de las referidas reglas, tiene mas de apariencia, que de ſolidez, y aſsi no elide la pretenſion de la juriſdiccion Real.

40 Aunque de paſſo, no podemos omitir hazer repreſentacion, de que la informacion hecha de oficio de q̃ ſe vale el Fiſcal, preſcindiendo la nulidad que padece, por defecto de juriſdiccion, como queda fundado, es notoriamente nula, como executada ſin citaciõ del heredero abinteſtato de Doña Antonia; pues es cierto que la apertura, y publicacion de la vltima voluntad no ſe puede hazer, *niſi coram iudice, citatis legitimis ſucceſſoribus ab inteſtato ex deductis, ex deciſ. 533. n. 6. & 7. part 4. recent. tom. 3. ad tradita per DD. in l. 2. ff. quem admodum teſtamenta aperiantur, & l. publicati 2. C. de teſtam.* Cuya regla ſolo ſe limita en el teſtamẽto otorgado por inſtrumento publico, ita Em. de Luc. *de teſtament. diſcurſ. 4. n. 9.* Y en el *diſcurſ. 2. n. 5.* hablando del meſmo punto; y quando la vltima voluntad ſe prueba por teſtigos *ſic ait: atque iſto, [illegible] caſſu, vt huiuſmodi probationes dicantur bene factæ, neceſſaria eſt citatio benientium ab inteſtato.* A la luz de

eſta

esta doctrina tan corriente se demuestra lo inadequado de los discursos que ha hecho, y puede hazer el Fiscal, fundados en tal informacion, para excluir la jurisdiccion Real, quando ella mesma, y el connato de que se estime por exuberante está acreditando que se quiere vulnerar la jurisdicion Real sin motivo juridico, lo que empeña mas a su defensa, y excita el cuydado para que se solicite, que la determinacion sea a su favor.

41 No necessitamos de esforçar esta defensa cō las doctrinas de D.Thom.Carleval *de indit.tit.1.disp.2.n.*332.dōde doctamente enseña, que la publicacion de el testamento otorgado por el Clerigo, ò por el Secular, aora sea a favor de causas pias, ó profanas; y el instituido en él, sea Clerigo, ò Secular, se debe hazer ante la jurisdiccion Real, y no *coram Ecclesiastica*. Y assimesmo a el *nu.* 337. funda, que el inventario, en los mesmos casos que refiere la doctrina antecedente, pertenece tambien a la Iusticia Real, y no a la Eclesiastica; porque aunque sus resoluciones en este punto, estàn muy veneradas, y canonizadas con resoluciones de el Senado, y Chancilleria de Granada; y facilmente las pudieramos defender de las impugnaciones voluntarias que pueden oponerse a ellas, como es nuestro deseo apartarnos de lo superfluo, ciñendonos a el punto precisso de nuestra controversia, en que no ay testamento ad pias causas, y si le ay, oy está subdubio; y no hiriēdo este punto genuinamēte las resoluciones expressadas de Carleval, las omitimos para disputarlas formalmente quando llegue el caso, que no dudamos se ofrecerà, quando experimentamos, que en el caso presente, siendo tan claro a favor de la jurisdiccion Real, y no facil de obscurecer, se halla invadida con el nuevo intento de el Fiscal.

42 Presume que adelanta su intento con los muchos exemplares, de que ha presentado testimonio, en que se refieren diversos casos en que ha procedido el Iuez Eclesiastico a el inventario de bienes, en abintestatos, y en ocasiones de aver testamento instituida el Alma por heredera, ponderando, que se halla en possession immemorial desto; cuyo punto no se disputa, ni puede disputarse, principal-

mente por aora; que a poder ser, se deduxeran muchos exẽplares, en que aviendose ocurrido a la Real Chancilleria por via de fuerça, en semejantes casos, siempre se ha determinado a favor de la jurisdiccion Real, dando auto de legos: pero porque no quede sin el desengaño que se debe el Fiscal, y haga memoria de la ninguna estimacion que merecen sus exemplares, y testimonio de ellos; es precisso dezir; que, ò estima la possession, que supone adquirida, por prescripciõ, ó por costumbre.

43 Si por prescripcion; essa nunca hà tenido lugar; porque vno de los requisitos en que se avia de fundar, era en la sciencia, y paciencia de el mismo Principe; esta no puede dezir el Fiscal que la ay: Luego cessa la prescripcion? Ni es de el caso replique, que los Ministros del Principe han tenido la sciencia, y paciencia expressada, y que esto es suficiente para que subsista la prescripcion, pues los Ministros de el Principe no tienen facultad de conceder jurisdiccion; y assi, no puede ser bastante su sciencia, y paciencia; ni puede arguirse, q̃ pues la tienen los Ministros, la tendrà su Soberano. Porque se responde, que en este caso no es suficiente la sciencia presumpta, porque se requiere la verdadera; conque faltando esta circunstancia, no puede aver prescripcion, ita Menoch. *de iurisdict. Eccles. lib. 3. cap. 12. vers. requiritur tertio.*

44 Si por costumbre; tiene menos fundamento el Fiscal para deducir los exemplares contenidos en el testimonio presentado; porque como en este caso se trate de actos judiciales, para que aya costumbre, es precisso se pruebe, que se obtuvo en juyzio contradictorio; y assi, lo que podia perjudicar a la jurisdiccion Real, era alguna, ó algunas decisiones de la Real Chancilleria; estas no se presentan por el Fiscal, ni puede, porque no ay noticia, de que en semejantes casos como el presente, y los que contienen las doctrinas de Carleval, citadas, se aya dado determinacion a favor de la jurisdiccion Eclesiastica, declarando no hazer fuerça: conque la costumbre de que se vale el Fiscal, como no obtenida en juyzio contradictorio, de nada le puede aprovechar, Menoch. *dict. lib. 3. cap. 11. vers. requiritur* 6. Y si huvie-

viera el Fiscal tenido presentes las doctrinas de este eximio Doctor, huviera escusado el trabajo de aver buscado tantos exemplares inutilmente, por ser disimiles de nuestro caso, y no probar la prescripcion, y costumbre, en q̃ funda la possession que alega.

45 Vltimamente, se debe advertir, que por ser acto inutil no le aprovecha, que el Prior, Beneficiado, y Colector de la Iglesia Parroquial del señor San Ildefonso acceptassen la herencia de Doña Antonia, con el motivo de aver instituido a su Alma por heredera; pues a *iure*, no tuvieron facultad para hazer semejante aceptacion; porque quando se instituye a la Alma por heredera, si ay testamentarios, *ipsi gærunt vires hæredum, si vero non reliquit executio ad ordinarium pertinet*. Ex Carp. Mostaz. *de caus. pijs, lib 5. cap. 7, n. 26*. Ni lo inutil de semejante aceptació puede ocultar el Fiscal, que fue para desvanecer el recibo dado por el Colector de la misma Parroquial, de las Missas que avia en su testamento ordenado Doña Antonia, conformandose con él; en qué procedió el Colector justa, y rectamente; pues aunque premurió la heredera, y sobrevivió la testadora, no por esto claudicó el testamento en todo; porque solamente cessó en quanto a la institucion; y en lo demàs quedò firme, y valido, de tal forma, que lo ordenado en èl se debe observar, *iure nostro Regio*. Burg. de Paz, *1. part. l 3. 6. conclus. n. 871*.

46 Con cuyo hecho, el Colector manifestò, no avia voluntad contraria a el testamento otorgado por Doña Antonia a favor de su Alma; pues si la huviera, no la ignorara; mayormente, quando desde que murió, hasta qué diò el recibo passaron quatro dias; en cuyo tiempo no pudiera ocultarse la disposicion que se supone vltima de Doña Antonia: y assi se convence, que la referida aceptacion fue acto premeditado en exclusion de el recibo mencionado, q̃ no puede desvanecerle, pues le diò con buena fee el Colector; y esto coadyuba, que no ay voluntad de Doña Antonia a favor de causa pia; y manifiesta, quan inutil fue la diligencia de la expressada aceptacion.

SIN

SIN NOVEDAD EN EL ASSUMPTO PROPUESTO, *aunque con diversidad de caso, se continua este discurso, y su especie es la siguiente; en que se refiere, se declarò por descomulgado a el Alcalde mayor, sin ser citado, ni oido; cuyo defecto es precisso ponderar, manifestando la nulidad de la referida excomunion.*

47 ESTando enfermo gravemente Dō Francisco Luis de Requena, y en su assistencia Feliciana Garcia, y Maria Ramirez sus sobrinas, despues de averle Sacramentado el Cura de la Parroquial de el señor San Bartolomé, de donde era Parroquiano el dia 22. de Agosto bolvió el Cura a verle, y le propuso otorgara su testamento; a que le respondiò, que queria hazer vna memoria de lo que avia de dispo ner en su testamento, El dia 23. siguiēte por la mañana, y aviendo quedado solo el Cura con el enfermo, estando las dos referidas sobrinas en el escalon que haze la puerta de la sala donde estava enfermo Don Francisco, por curiosidad, escucharon lo que passava; y oyeron, que su tio hizo premeditacion de lo que avia de disponer en su testamento el dia siguiente, refiriendo algunos legados a diferentes personas; y con la expression, de que de lo demàs avia de ser su Alma heredera: y luego que passò esto, le despidió el Cura, sin aver pedido tintero, pluma, ni papel para escrivir, ni llamado testigos, ni Escrivano; y despues no bolviò el Cura hasta el siguiente dia por la mañana, entre quatro, y cinco, q̄ passò a administrarle el Santo Sacramento de la Extrema Vncion, que luego que le recibiò murió Don Francisco; cō cuyo motivo, el mesmo Cura, antes de aver buelto a la Iglesia el Santo Oleo, encerró los bienes que hallò, en dos cofres, y se llevò las llaves.

48 Cuyo hecho lo justificò el Alcalde mayor luego que tuvo noticia de la muerte de Don Francisco Luis; pues advertido de que en el abintestato de Doña Antonia de Montes, sin embargo de que a el tiempo que hizo invētario de sus bienes, y estuvo con las personas que le assistieron quando murió, no tuvo noticia de que huviesse testado nuncupatibamente a favor de pia causa, despues se hallò cō

la

la pretension de el Fiscal Eclesiastico, que se ha mencionado; y para evitar lo mesmo en el abintestato de el referido Don Francisco Luis, se previno el Alcalde mayor con justificar por informacion, avia muerto abintestato, cō las circunstancias expressadas; y en ella deponen sus sobrinas que le assistieron, y otra su vezina, que habló cō él la noche antecedente a el dia que murió; con cuyo presupuesto, passò el Alcalde mayor a hazer el inventario de los bienes de Dō Francisco: y aviendo hallado los dos cofres cerrados, que estavan depositados por el Eclesiastico, y las llaves en poder de el Fiscal; aunque pudo el Alcalde mayor mandarlos descerrajar, despachò exorto al Provisor, y Vicario general, para que mandasse a la persona que tenia las llaves, las entregasse; con apercebimiento, que de no hazerlo, mandaria descerrajar los cofres para continuar el inventario.

49 Y antes que llegasse el caso de hazer notorio el exorto a el Provisor, despachò letras cōtra el Alcalde mayor, para que se inhibiesse de proceder en este inventario, con penas, y censuras, y termino de veinte y quatro horas, sin audiencia. Y aviendose presentado peticion, en nōbre de el Alcalde mayor, pidiendo le diesse traslado de las letras y demàs autos que tenia hechos, para defender la jurisdiccion Real, no lo quiso hazer, y passó a declararle por excomulgado. Y en este estado, se presentó otra peticion, en que el Alcalde mayor concluyò pidiendo, se inhibiesse de el conocimiento de los referidos autos, en fuerça de que tocava a la jurisdiccion Real, y presentò traslado de los autos que avia hecho, y de no inhibirse, interpuso apelacion, y protestó vsar de los remedios de la nulidad, y atentado, y de el Real auxilio de la fuerça: Y por aver mandado poner con los autos esta peticion, y traslado que con ella se presentò, y que se cumpliesse lo probeido, se ganó la Real Provision acordada, y se requiriò a el Provisor; quien la mandò cumplir; y en su virtud, se transportaron los autos a esta Real Chancilleria, dōde estàn para que se determine, que el Provisor haze fuerça en conocer, y proceder en los referidos autos, que es el mesmo assumpto propuesto en el principio de este discurso.

50 Esta pretension se persuade de justificada con los fundamentos notados en la especie antecedéte, pues todos militan en esta vltima, porque se incide en las mismas dudas, propuestas en la vltima voluntad de Doña Antonia de Montes.

51 Respecto de que, como resulta de lo que refieren los testigos examinados por el Alcalde mayor, lo que dixo en orden a su vltima voluntad Don Francisco, no fue disponer perfectamente su testamento, por aver diferido otorgarle para el dia siguiente; q̃ manifiesta la imperfeccion de voluntad, mediante la qual no puede aver disposicion valida, como en caso semejante lo resuelve el Emi. Cardenal de Luca, *de testam. discurs.13. per tot.* Y porque la especie de este discurso es la mesma que ocurre en el caso presente, es inescusable proponerla con las palabras del mismo Emi. Cardenal de Luca: *Franciscus, gravi morbo pressus, amico eius voluntatatem communicavit, vt de super schedulam testamentariam extenderet, Notario deinde consignandam clausam, ad sigilatam, juxta hodie magis frequentatam testandi formam, cumque id sequutum esse, atque amicus die sequenti legeret cœpisset dictam schedulam iam extensam in firmus morbo fastiditus, mandasset id ad illam horam, vel diem differri, quod sequtum non est, ob superventam mortem; de tempore autem quo infirmus ad aures communicabat eius voluntatem amico aliqui domestici sub cortina audierint fere omnes dispositiones inter quas continebatur legatum locorum 26. montium ad favorem Ecclesiæ S. Caroli in cursu.* En estos terminos defiende el Emi. señor Luca que huvo defecto de voluntad; y se decidió por la S. Rot. sub die 7. Iunij 1662. que pertenecia la herécia a los herederos abintestato; declarando, no avia lugar a el legado hecho a favor de la Iglesia: cõque mal podrà defender el Fiscal, que la voluntad de Don Francisco fue perfecta.

52 *Maxime quando vt docet ipse Emi. D. Luca discurs.12.n.15. Vltima enim voluntas tunc dicitur perfecta, quando testator devenit ad actum testandi, qui eo instanti, seu momento perficitur, absque eo quod perfectionem expectet ab altero futuro actu, in quem collatus sit, ita vt dicatur voluntas conclusiva quæ non sit in via, sed in termino, ac alias quicumque actus quamvis*

cer-

certam testantis voluntatem præsefetentes, quoties in alium futurum actum collati sunt, dicuntur importare præparationem futuræ voluntatis adhuc ambulantis, vt ac non redactæ ad terminum, quo cassu piæ causæ privilegium nil operatur, *iusta consf. Oldrad.*119. Cuya doctrina es tan terminante de nuestro caso, que no dexa que dudar fue imperfecta la volũtad de D. Francisco, *quia fuit in via*, y no llegó al termino.

53 Y no obsta lo que ha llegado a entender el Alcalde mayor se dize por el Fiscal, y es, que al mesmo tiempo que comunicò con el Cura Don Francisco lo que avia de disponer en su testamento el dia siguiente, expresòò, que si no lo podia hazer, por sobrevenirle mayor impedimento, nacido de su enfermedad, queria que lo que avia referido a el Cura se tuviesse por su vltima voluntad: pues además de ser esto inverosimil, pues no llamó testigos para hazer semejante declaracion, se convence de incierto con lo que deponẽ los testigos examinados por el Alcalde mayor, por ser el Iuez a quien le compete el conocimiento de el referido inventario.

54 Tambien incide la duda, de que fue imperfecta la expressada voluntad, *ratione solemnitatis*; pues Don Francisco siendo Secular, aunque *ad pias causas*, debió testar *iure pitægio*; y assi pertenece a la jurisdiccion Real conocer de esta publicacion, è inventario de los bienes de D. Francisco, por los motivos que se han expressado en el primer caso.

55 Demás, que en esto no se puede dudar, a vista de que en la conformidad q̃ puede tener justificada el Provisor, la vltima voluntad de Don Francisco es con testigos; y assi repetimos las palabras de el Emi. Cardenal de Luca, *de testament. discurs.*2.*nu.*5. ibi: *Atque isto cassus, vt huiusmodi probationes dicantur benefactæ, necessaria est citatio venientium abintestato.* Cuya citacion, segun entiende el Alcalde mayor, no ha intervenido en la informacion fecha por el Provisor, ni pudiera mandarla executar, por tocar privativamẽte a la jurisdicciõ Real, respecto de mirar a el fin de que los herederos abintestato prueben lo contrario, como lo pueden executar; y si de hecho hiziessen otra probança, queda

ex-

excluida la del Fiscal: *Quia vna probatio contraria probatione con qua satur* Surd.*consf*.135.*a n*.93. Y assi,no consta de voluntad nuncupatiba a favor de pia causa, hasta que por la justicia Real se declare que la ay sin duda; y despues de esto es quando entra la jurisdiccion Eclesiastica a tratar de la execucion, *Vt dictum est cum* Escañ. *de testament.dict.cap*.16.*n*.66. & 67. respecto de que el fundamento della es, que conste de la voluntad sin duda.

56 Y aunque la formalissima defensa de la jurisdiccion Real, en el caso ocasionado con la muerte de Don Francisco Luis, es la propuesta, se pudiera exornar mas si se huvieran visto los autos hechos por el Provisor; pero esto impidiò aver despachado las letras sin audiencia, y denegado el traslado que pidió el Alcalde mayor. Y es digno de reparo se note, que el Alcalde mayor quando despachò el exhorto mencionado, cometiò vn atentado, y que no se atienda a el acelerado modo de proceder en vnos autos con la Iusticia Real, sobre jurisdiccion, aviendo passado a publicarle por excomulgado, sin citarle, ni oirle; pues como las letras despachadas por el Provisor contengan la clausula de imponer pena de censuras, y la excomunion *sit fori contentiosi, & sine causæ cognitionæ non possit proferri*; las censuras pronunciadas contra el Alcalde mayor fuerõ nulas,pues se le declaró sin ser citado, ni oido antes, D. Math. *de re criminal.cõtrover.7.n.37. Nam quanvis censura ipso iure imponatur*, contra alguno q̃ cometió delito contra ley,y esta disposiciõ sea cierta,el hecho porque se incurre no lo es; y assi, aunque en este caso no se requiera amonestacion Canonica, *cap. reprehensibilis de appellat.* debe constar antes que todo, del delito, por el qual està impuesta la excomunion, citada, y oida la parte; y de otra forma es nula la declaratoria, y no produce efecto alguno: *Vt aperte nobis probat text.in Clemẽt. præsenti de cens.*ibi: *Ex comunicationis,& interdicti sententias a iure prolatas postquam de his hipsis constiterit omnino publicent. Vel a suis subditis tandiu facient publicari, &c. Iuncta gloss. V. constiterit*, ibi: *Parte vocata contra quam fit publicatio. Et in Clement.II. de pæn.in fin.* ibi: *Locorum ordinarijs iniungentes, vt postquam eis constiterit aliquos, sibi subiectos pænam,*

nam,& sentenciam incurrisse præmissas ipsas publicare non differant,executionique dibitæ prout ad eos pertinuerit, demandare iuncta ergo Gloss. V. constiterit, ibi: *Parte vocata,*Felin.*in cap.* Rodulphus *num.* 41. *de rescript.* Silvest. *in summ. V. citatio n.*6. Martin.Navarr. *consil. lib.*5.*de sentent.excomm. consil.*20.*n.* 4. D. Covarrub.*in cap.alma mater,*1.*part.*§.9.*n.*5.*vers.trina vero monitio ad fin.Sayr.de censuris,lib.*1.*cap.*12.*n.*24.*in fin.*P.Avila 2.*part.cap.*5.*dub.*5.2.*conclus.* P.Suar.*disput.*3. *sect.*10.*n.* 15. *& seqq.*

57 *Pro quibus facit vulgari regula text. in cap.* 1. *de caus possess. & propr.* ibi: *Nec nos contra in auditam partem aliquid possumus difinire.Clement.Pastoralis,* §.*ceterum de re iudicat. l. de vno quoque,ff. eodem tit. de qua plura,* Petr.Dueñas, *regul.*92. Arias Pinell. *in rubric.de rescind. vendit.* 1.*part.cap.*2. *n.*29. & 30. Ioann.Carrasc. *in l.si vsufructus, n.*8. *& seqq. ff. de servitutib.*D.Covarrub. *in pract.cap.*23.*n.*6.Iacob.Menoch. *de arbitr.lib.*1.*quæst.*8.*n.*21.*& quæst.*17.

58 Y en terminos de competencia de jurisdiciõ entre el Iuez Ecclesiastico, y Secular, està determinado, que el conocimiento es de el Eclesiastico: *Vocato tamen iudice Seculari vel alio cuius interst, vt expresse, & literaliter docet text. in cap.si iudex Laicus de sententia excomm in* 6. Y esta citaciõ, y conocimiento de causa la debe aver siempre que se duda de la jurisdiccion entre el Iuez Eclesiastico, y Secular, Zeuall. *de cognit.per viã violent.cap.*8.*in prim.n.*34.*in illis verbis, si vero vertatur dubiũ de iurisdictione tunc iudex Ecclesiasticus propter maiorem authoritatem debet iurisdictionis quæstionem diffinere, vt docet* Felin. *in cap.Pastoralis, nu.* 4. *vbi* Decius *de rescript.* & Covarrub.*cap.*33.*n.*1.*in quo iudex Secularis debet citari,vt in cap.in iudex Laicus.*

59 Mas; las censuras suponen culpa mortal propria, ex Castro Palao, Dian.Tamburin. *& alijs pluribus*Math. *de re crimin.dict.controv.*7.*n* 46. *qui asserit quod omnes ab eo laudatos tenent adhuc culpam non sefficere,iusi adsit contumatia.* Y la razon la dà en el *n.*47. y es: *Quia in Ecclesia nulla maior pæna datur,quam excommunicatio,morti enim comparatur.*Pues como sea gravissima pena, se sigue evidentemente, que no se puede imponer sin que preceda condigna culpa: *Et hæc*

non

non simpliciter commissa, sed cum contumatia respectu Ecclesiæ comminantis.

60 De lo qual se infiere, que quanto mas grave es la pena, tanto mas se requiere mas clara, y concluyente probança de la culpa, *L. sciant cuncti, C. de probat. cap. sciant cuncti 2. quæst. vltim. sed sic est*, que contra el Alcalde mayor no ay probãça hecha por el Provisor de culpa alguna; pues la que hizo, solo mira a justificar con testigos, que D. Francisco Luis de Requena muriò con voluntad nuncupatiba *ad piam causam*; y esta probança (dado, y no concedido, que tuviera juridiccion para hazerla; y que le perteneciera conocer de la duda de la referida voluntad) aunque en causa favorable: *Per negationem partis in dubio revocatur intentio agentis, nam tunc res quæ apparebat clara dubia efficitur l. si quis libertatem, C. quibus ad libertatem proclam. lic. et l. nemo, C. de adquir. l. possess. cum vulgat.* Luego no huvo culpa a que correspondiesse la excomunion, pues no estava justificada exactamente: Y por lo consiguiente, fue injusta, y nula la promulgada contra el Alcalde mayor, como opuesta a las decisiones Canonicas notadas: *Et sic cum Tertuliano exclamamus: An hoc magis gloriabitur potestas eorum, quo etiã inauditam dammabunt veritatem? Cæterum in auditam, si damnent præter invidiam iniquitatis, etiam suspitionem merebuntur alicuius conscientiæ, nolentes audire, quod auditum damnare non possint.*

61 A la luz que dàn decisiones tan irrefragables, se reconoce *quod iudex ad eas non expectans, & aliter procedens tutus non est, cavente Innoc. IV. in cap. 1. de sentent. excomm. in 6.* ibi: *Superior vero ad quem recurritur sententiam ipsam sine dificultate delapsans, latorem excommunicat, ad expensas, & omne interesse cõdemnet, & alia puniat animadversione condigna, vt pæna docente discant iudices quam grave sit excomunicationum sententias sine maturitate debita fulminare.* Sayr. *de cens. lib. 1. cap. 13. n. 16. & alios quos consulto omitimus, quos laudat* Matheu, *de re crimina. dict. controv. 7. n. 59.* Y concluimos con las palabras de Matheu, *dict. controv. 7. n. 60.* ibi: *Sed hæc ad nos non pertinent, & sic superioribus Ecclesiasticis cognoscenda, & temperanda relinquimus.*

Ni

62 Ni puede escusarse el modo de proceder a declarar por excomulgado a el Alcalde mayor, sin citarle, ni oirle; dezir que se tratava de la execucion de causa pia; y q̃ esto pide celeridad, y que se procediesse de oficio; pues no aviendo vltima voluntad a favor della, falta el fundamento de la execucion; y no constando primero de la vltima voluntad, expressada clara, y sin duda, no se pudo introducir la jurisdiccion Eclesiastica a tratar de la execucion: *Quia prius quem quam scire oportet, quod sit iudex, quam ius dicere possit, & iudicare, l. hæc autem, §. 1. ex quib. causis in possessio. Ea tr.* ibi: *Constare debet, liquereque prætori, vt sic permitat bonorum possessionem, notãt. DD. in l. sed, & si de sua, ff. de adquirend. hereditat.* Menoch. *cons. 1045. n 5. & sic*, menos pudo passarse a declarar a el Alcalde mayor por incurso en cẽsuras què estava muy remoto de incurrir, sin que primero se le citasse, y oyesse.

63 Señor, hasta aqui ha podido el Alcalde mayor *por sua tenuitate*, expressar los motivos que manifiestan son pribativamente de la jurisdiccion Real, los autos de los inventarios, y conocimiento de la duda que ocurre en las voluntades nuncupatibas de los casos referidos, en execucion de lo q̃ se le manda por la *l. 16. tit. 6. lib. 3. Nov. Recopil.* Cuya defensa, como executada en obsequio de lo prevenido por las leyes, no se puede sin temeridad, construir ofensiva a la juridiccion de N. Santa Madre la Iglesia, ni de sus Ministros q̃ siẽpre venera rendidamente el Alcalde mayor; pero cõ el conocimiento de que no puede permitir se vulnere la jurisdiccion Real; pues fuera querer que se confundan las jurisdicciones: *Quo nil republicæ deterius esse potest, vt recte inquit* Ossorius, *lib. 1. de Reg. institut. in illis verbis: omnis Reipublicæ interitus in munerum perturbatione consistit, dum enim quilibet suum negotium non facit, sed alienum officium, atque numus vsurpat, nil recte, nil ornate fieri potest, sed omnia perturbari, & commisceri necesse est.* Estos males ha deseado evitar el Alcalde mayor, coadiubando en todo lo que ha podido la jurisdiccion Eclesiastica, con el deseo de que no se vulnere la Real q̃ administra; y de no coadiubarse ambas jurisdicciones, se sigue: *Quod vna per alteram violetur, dum suis terminis; & ius*

titia

titia non contenta, iniusta commitantur, & sic movus herror ex alio nascatur. l. ex diverso, de re vindicat, quæ utinam pro Reipublicæ Christianæ salute, & beneficio, ob oculos haberent. Tam Ecclesiastici Prælati, quam Principes Seculari, vt ait Menoch. *de Immunit. Eccles. lib. 4. cap. 23. vers. quod vero in fin.*

Ex quibus omnibus, & alijs quæ consulto omitimus. Esperamos determinacion a favor de la jurisdiccion Real, y que se pronuncie Auto de Legos. S. S. S. T. D. C. &c.

Lic. D. Iuan Antonio de Torremocha y Altamirano.